

Garantias Constitucionais-Processuais Penais

(A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal)*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito no Rio de Janeiro, Coordenador de Direito Processual Penal na EMERJ, Coordenador Acadêmico do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá

I. Introdução

O exame das garantias constitucionais aplicadas ao processo penal pode ser empreendido por dois prismas diferentes, embora interligados: o da efetividade das garantias e o da ponderação entre as garantias, quando houver choque entre elas ou entre elas e os demais direitos fundamentais.

Nos dois aspectos envolvidos, deparar-se-á com o inevitável tema da efetividade da Constituição de 1988 e suas implicações em relação à legislação infraconstitucional, à doutrina e à jurisprudência. No momento em que se comemora mais um aniversário da Constituição brasileira, vem a calhar o exame de seu enraizamento ou não na prática judiciária e na construção da compreensão dogmática dos institutos infraconstitucionais.

II. Um Introdutório Exame de Caso Concreto

Convém introduzir este trabalho com um caso concreto¹ ocorrido na Comarca de Duque de Caxias e que originou dois processos criminais.

Ocorreu um duplo homicídio em um bairro de Duque de Caxias. As vítimas eram duas mulheres: mãe e filha. A filha por sua vez tinha dois filhos: uma menina de 3 anos, que teria presenciado os crimes, e um adolescente de 13 anos, que não estava em casa no momento.

A investigação policial recolheu os seguintes dados: os tiros foram disparados de uma mesma pistola 9 mm; a vítima mais nova, a mãe das crianças, tinha acabado de romper um namoro com um homem conhecido por R.; cartas de R. foram encontradas revelando que ele não se conformava com a separação e pedia um encontro com a ex-namorada; uma mochila

* Palestra proferida no I Encontro Jurídico da Universidade Gama Filho, no dia 28/05/2003, na EMERJ.

¹ A opção pela menção de um caso concreto - não muito usual nos trabalhos acadêmicos - tem o propósito também de homenagear o método de ensino desenvolvido na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, que passou a priorizar o estudo dos casos concretos no âmbito mesmo das aulas teóricas.

de R., reconhecida posteriormente pelo próprio, foi encontrada junto aos corpos; um cabeleireiro que trabalhava na mesma rua dos crimes disse ter visto R. passar em direção à casa das vítimas pouco antes dos crimes; a menina de 3 anos teria saído de casa correndo e gritando o nome de R.; um carro preto foi visto próximo ao local dos crimes.

Diante destes indícios a polícia fez uma diligência ao local de trabalho de R., ocasião em que os policiais lhe teriam comunicado os crimes. Ele teria chorado *contidamente*, segundo o delegado, teria reconhecido a mochila como sua e teria negado a autoria dos crimes.

Em seguida, foi indiciado, teve a prisão temporária decretada, foi denunciado e teve a prisão preventiva decretada.

No interrogatório alegou que estava trabalhando no dia e horário dos crimes.

No sumário, o cabeleireiro confirmou seu depoimento, esclarecendo que R., no dia dos fatos, parecia portar um *volume* debaixo da jaqueta. O delegado, ouvido, disse que R. era frio e calculista por ter simulado um choro contido quando soube da morte das vítimas. O motivo dos crimes, ainda de acordo com o delegado, teria sido ciúmes em relação a sua ex-namorada porque não se conformava com a separação.

Se a presente narrativa terminasse aqui, bem como se o processo terminasse nesse estado, todos estariam inclinados a condenar R. por um duplo homicídio qualificado. Foi aí que tiveram lugar o sagrado direito de defesa e as garantias constitucionais.

Na prova de defesa depuseram companheiros de trabalho de R. que confirmaram seu álibi. Foi ouvido o chefe do sistema de segurança da empresa de R. que revelou que o acesso à empresa se dá por meio de um cartão eletrônico e que a única hipótese de um empregado sair sem ser notado seria a de um companheiro de trabalho passar o cartão pelo outro.

Diante deste quadro probatório, tornou-se imprescindível encontrar e ouvir os menores. O princípio da celeridade processual haveria de ceder diante da importância de tais depoimentos.

Os menores haviam sido retirados da casa das vítimas logo após o acontecido, pelo pai, que os levava para sua casa, em local desconhecido até aquele momento. Felizmente, dias depois, foram localizados e levados a juízo. A menina não disse nada de relevante, pois ainda se mostrava muito chocada com tudo o que ocorrera. Ao contrário, o adolescente revelou: sua avó era mãe de santo e fizera uma festa de aniversário dias antes dos crimes, tendo comparecido diversos clientes e amigos; um desses clientes, conhecido como L., discutiu com ela - o motivo da discussão seria que L. a consultava sempre antes de cometer um crime e ele estava insatisfeito porque os crimes não estavam saindo a contento, chegando a suspeitar

que a mãe de santo o estava denunciando à polícia; L. costumava portar uma pistola; L. usava vários carros diferentes, mas naquela época estava na posse de um carro preto; o aniversário fora filmado e L. apareceria na filmagem.

Com base neste depoimento, R. foi solto e depois impronunciado.

A fita do aniversário foi entregue pelo pai dos menores e dela foi extraída uma fotografia de L., o que permitiu a sua identificação. Sua prisão preventiva foi decretada.

Dias depois ele foi preso em flagrante durante um seqüestro-relâmpago. Levado a Duque de Caxias para ser interrogado no processo de homicídio ora narrado, confessou os crimes e confirmou o suposto motivo referido pelo adolescente: a suspeita de que estava sendo denunciado pela mãe de santo. A outra vítima acabou sendo morta porque estava com a mãe de santo. A arma usada no seqüestro-relâmpago foi a mesma dos crimes de homicídio. A perícia de balística confirmou que a arma apreendida no seqüestro-relâmpago foi a mesma usada no duplo homicídio.

Esclareceu que poupou a menina, que realmente saiu correndo chamando o nome de R. Talvez tenha sido o único nome que lhe veio à mente, como um pedido de socorro.

R. dificilmente conseguirá indenização pelo tempo em que ficou preso, nem pelo dano moral acarretado pela injusta acusação, porque a jurisprudência só admite a indenização em caso de erro judiciário, o que pressupõe sentença penal condenatória, o que não ocorreu aqui.

III. O Código de Processo Penal e os Princípios Constitucionais como Tábua de Salvação

O caso foi contado para demonstrar que a sucessão com que os fatos surgem no processo, bem como o modo e a forma como são narrados, influenciam a percepção do mesmo fato e é perfeitamente possível e muito freqüente que isso leve a juízos de valor equivocados. Enquanto esses juízos de valor não passam de uma opinião, o problema não é preocupante. Mas, quando de juízos de valor decorrerem restrições a direitos fundamentais de outrem, aí o problema deixa de ser apenas preocupante para tornar-se um dos mais cruciais do Direito.

No momento em que vivemos, em que a sociedade pede a redução das garantias processuais, em que tramita no Congresso Nacional projeto de lei visando à reintrodução na sistemática processual da prisão preventiva obrigatória, em que o governo acena com medidas legais para combater a violência, o caso citado passa a ser emblemático para lembrar-nos dos R. que ainda estão presos, que ainda estão sendo submetidos a julgamento e que talvez não tenham a felicidade de encontrar uma testemunha salvadora.

Mas é justamente para eles que existem o Código de Processo Penal e as garantias constitucionais. Tornaghi disse que “o *Código de Processo penal é o estatuto protetor dos inocentes*”². Ferrajoli afirmou que “o *escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro*”³.

Esse é realmente o papel das garantias processuais: legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a intervenção estatal na esfera individual, de modo que, se qualquer constrição de direitos vier a ser inflingida, ela seja necessária, adequada e proporcional. Não é com arbítrio que se combate o crime. Não é com medidas legislativas que se resolve o problema da violência⁴.

IV. A Efetividade das Garantias Processuais Penais

Para atingir aquele escopo justificador é que existem as garantias, algumas expressas em direitos fundamentais e deles decorrentes, como a dignidade, a igualdade das partes, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação, o devido processo legal, a inviolabilidade da intimidade e do domicílio, a proibição de prova ilícita, a presunção de inocência. Isso além de outros princípios e garantias decorrentes, como a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, o favor rei etc.

Pode parecer que não há novidade alguma nisso, pois todas essas garantias estão presentes no processo penal brasileiro. Sim, estão presentes, mas com que grau de efetividade?

Algumas situações abaixo discutidas servirão para retomar uma antiga discussão a respeito da efetividade das garantias processuais penais e para propor uma reflexão acerca do assunto, ainda que não traga propriamente qualquer novidade. Os temas serão agrupados por princípio constitucional⁵.

² **Instituições de Processo Penal**, p. 75, volume 1, 1977, Saraiva.

³ **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**, p. 439, 2002, RT.

⁴ É evidente que os Códigos Penal e de Processo Penal carecem de ampla revisão para tornarem-se efetivos na sua precípua missão acima referida de legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a restrição de direitos, bem como para adequarem-se à Constituição. Mas não se pode esperar de uma eventual reforma e da supressão ou enfraquecimento das garantias processuais que os Códigos venham a servir de combate à violência. O combate ao estado calamitoso de violência que enfrentamos pressupõe, antes de mais nada, atos materiais de investigação e de repressão penal, aliados a uma política social e educacional arrojada, para não dizer revolucionária, por parte dos três níveis de governo, o que não tem ocorrido.

⁵ Não é objetivo deste trabalho discutir o sentido e o alcance da cada um dos princípios enfocados. Para tanto, remete-se à doutrina específica.

1º) *Ampla defesa e contraditório.*

É unânime na doutrina que a cada alegação, cabe a contra-alegação; à cada prova, faculta-se a contra-prova, de modo que o processo se desenvolve numa marcha dialética. Ocorre que essa lógica é quebrada com a intervenção do Ministério Público no segundo grau de jurisdição quando a defesa é recorrida. Neste caso, o promotor arrazoa o recurso da acusação, a defesa o contra-arrazoa e o procurador de justiça manifesta-se após a defesa, sem que esta tenha oportunidade sequer de saber o que foi arrazoadado (artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal).

É certo que muitos dirão – e a maioria assim se expressa efetivamente – que o Ministério Público de segundo grau age como fiscal da lei e, não, como parte. Ainda que o argumento não possa convencer, pois o Ministério Público não pode ser parte e fiscal da lei ao mesmo tempo, no processo penal, o que importa é que, se o procurador manifestar-se após a defesa, seja com que sentido for, a defesa *tem o direito constitucional* de ser cientificada do que foi arrazoadado e de contra-arrazoá-lo se lhe for desfavorável⁶.

Outra perplexidade decorre da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, realizada pela Súmula 9, em relação ao artigo 594 do Código de Processo Penal, no sentido de não ofender a presunção de inocência o ônus de recolher-se o réu à prisão para recorrer da sentença condenatória. Em que pese a súmula, consiste em evidente violação da ampla defesa impor a alguém o ônus de ficar preso para ver o seu recurso examinado pela instância superior. O recurso contra a sentença condenatória de primeiro grau é um legítimo exercício da ampla defesa que não pode ser dificultado pelo ônus de recolher-se à prisão⁷.

Outra indiferença com o princípio da ampla defesa é exemplificada com a interpretação que se tem dado ao artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoriza o aditamento da denúncia. Até aí,

⁶ Não é aqui a sede ideal para debater especificamente o assunto. A propósito, veja-se: MARQUES, José de Frederico - **Elementos de Direito Processual Penal**, volume 4, p. 221, Forense; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Processo Penal, Código de Processo Penal Comentado**, volume 2, p. 335/336, 2ª ed., 1997, Saraiva; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **O Processo Penal em face da Constituição**, p. 85/86, 2ª edição, 1998, Forense, onde argumentos são expendidos no sentido do texto.

⁷ A despeito de a súmula ainda estar vigorando, o STJ tem sido bastante comedido na sua aplicação e na aplicação do artigo 594 do C.P. Penal, exigindo não só a demonstração de fundamento para ter como necessário o recolhimento à prisão mas, também, inadmitindo qualquer embaraço ao conhecimento do recurso pelo fato de o réu não se recolher à prisão. Veja-se, por todos, RHC nº 6.110-SP, relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 22/9/97, p. 46.557.

nada de mais, não fosse a pacífica e reiterada prática de não dar ao réu não só o conhecimento formal do aditamento, por intermédio da citação, bem como a oportunidade de ser interrogado especificamente sobre a circunstância aditada.

Por fim, neste tópico, medite-se sobre a freqüente prática de interrogar o réu sem que lhe seja nomeado defensor. A ofensa ao princípio constitucional se agrava quando a citação é feita por meio de requisição do réu preso que – consabidamente – não tem a oportunidade de entrevistar-se com seu defensor antes do ato. Relembre-se de que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em cujo artigo 8º, letra c, está prevista a concessão *de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa*.

2ª) Isonomia

A Constituição assegura a isonomia entre homens e mulheres, do que decorre a isonomia entre as partes processuais e a isonomia de tratamento de réus/indiciados que estejam na mesma situação jurídica. No entanto, essa isonomia é rompida pela forma diferenciada de tratamento entre o réu pobre e o não-pobre para efeito de isenção de fiança.

Com efeito, o artigo 322 do Código de Processo Penal permite ao delegado conceder fiança em infrações punidas com pena de detenção ou prisão simples. Assim, o indiciado que pode pagar a fiança não é sequer levado ao cárcere. Mas o artigo 350 do mesmo Código não permite ao mesmo delegado – somente ao juiz – isentar o indiciado pobre daquela fiança: deste modo, o indiciado pobre deverá aguardar preso a comunicação do flagrante, o que pode ser feito até 24 horas depois da lavratura do flagrante, até que o magistrado lhe conceda liberdade provisória isentando-o da fiança.

Nada justifica a diferença de tratamento. É certo que o problema foi minimizado tangencialmente com a edição do artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que permite não lavrar o flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo se o autor do fato assinar um termo de compromisso de comparecimento ao Juizado. Mas a diferença de tratamento legal ainda persiste, pois há crimes punidos com detenção que não se inserem na competência dos Juizados Criminais.

3º) Sistema acusatório

A doutrina⁸ proclama que a Constituição adotou o denominado sistema acusatório. Dele decorrem diversas conseqüências importantes como a equidistância do magistrado em relação às partes e quanto à atividade probatória. Mas o artigo 209 do Código permite, sem limite algum, a pos-

⁸ Por todos, veja-se PRADO, Geraldo - **Sistema Acusatório**, 2ª edição, 2001, Lumen Juris.

sibilidade de o juiz determinar provas de ofício.

Ainda que ao magistrado se deva reconhecer algum mínimo resíduo de atividade probatória, a prática judiciária registra um razoável e ilimitado poder probatório por parte do juiz, o que desfigura o sistema acusatório preconizado pela Constituição.

4º) *Inviolabilidade da intimidade*

A Constituição também assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, princípio que é concretizado por outras normas que garantem o sigilo bancário e o sigilo fiscal, que só podem ser *quebrados* nos casos autorizados por lei. Tais leis prevêm que, em caso de restrição, a autoridade que receber os dados bancários ou fiscais oriundos da quebra decretada fica responsável pela sua guarda e sigilo.

Independentemente do que prevêm as leis referidas e a Constituição, a prática judiciária demonstra que os sigilos são quebrados em determinado dia e, no dia seguinte, os dados bancários e fiscais da pessoa envolvida são publicados estridentemente pela imprensa, sem qualquer controle por parte das autoridades responsáveis.

5º) *Inviolabilidade do domicílio*

O mesmo tem ocorrido com a inviolabilidade do domicílio. A despeito de a Constituição a assegurar, exceto em caso de flagrante delito e de mandado judicial, é muito comum que as diligências policiais de cumprimento de mandados de prisão sejam realizadas à luz dos holofotes da imprensa⁹.

6º) *Dignidade da pessoa humana*

É princípio específico da República brasileira o respeito à dignidade da pessoa humana. Sabe-se que a investigação criminal e o processo penal representam restrições necessárias ao estado de dignidade do investigado e do réu, bem como a sua intimidade e a sua vida privada. A questão é indagar até que ponto essa restrição necessária é legítima e em que ponto ela se transforma em restrição ilegítima. Todos sabem que há inquéritos que duram seis, sete, oito anos; processos penais que alcançam nove, dez, onze, doze anos. É preciso impor um limite. É preciso que os processos tenham um prazo – ainda que elástico, mas não eterno – para terminarem, sem cogitar-se em prazo prescricional, que é outra coisa. A prescrição provoca a extinção da punibilidade, instituto diferente do que se está cogitando aqui. O que se propõe é que o réu seja julgado em determinado momento, no estado em que se encontrar o processo. Ele tem o direito de ser julgado, esgotado o prazo razoável para término da instrução processual e desde

⁹ Recentemente, a prisão do presidente do sindicato dos rodoviários de São Paulo foi feita no interior de seu domicílio, ao qual teve acesso a imprensa, por óbvia permissão da autoridade policial.

que opte por ser julgado naquele momento.

É intuitivo que não se está advogando a irresponsabilidade da prestação jurisdicional e a indiferença quanto à atividade probatória. É justamente o contrário: o que se está sustentando é que o juiz seja responsável pelo processo – ainda que isso pareça óbvio – que marque um prazo para término das diligências requeridas pelas partes. O juiz deve assegurar que o processo termine em prazo razoável e a lei deve dizer quais sejam os parâmetros da razoabilidade: nada que inviabilize a persecução penal, mas que sirva de limite à eternização dos processos.

Tais práticas judiciais, pretensamente amparadas por dispositivos antinômicos – na verdade, revogados pela Constituição ou submetidos à nova interpretação conforme o texto constitucional - indicam um baixo grau de efetividade das garantias constitucionais, que por sua vez, apontam para um imenso grau de ilegitimidade das normas infraconstitucionais, que deve ser declarada definitivamente e sem mais tardança.

V. A Colisão de Direitos Fundamentais e Processo Penal

A par da baixa efetividade das garantias constitucionais, outro problema surge com a colisão entre elas, no caso concreto, com a conseqüente supressão ou diminuição da esfera de proteção de uma delas.

Essas garantias¹⁰ em colisão localizam-se, muitas vezes, em princípios constitucionais que compõem os denominados direitos fundamentais¹¹.

Para resolver essa colisão – que é uma colisão de direitos fundamentais - propõe-se a seguinte metodologia, com apoio em diversos autores que trataram do tema:

1ª) Verificar a delimitação constitucional dos direitos envolvidos, pois pode ser que determinado direito ou garantia não abrigue ou proteja aquela situação fática, ou seja, aquela situação fática não esteja contida, ou protegida, pelo direito fundamental.

Ignácio de Otto Y Pardo assim se manifesta sobre o assunto:

*“El primer elemento para la determinación del contenido del derecho es, en consecuencia, la identificación del ámbito de la realidad aludida”*¹² porque *“las conductas de las que deriva la eventual amenaza*

¹⁰ Direitos são declarações que investem o titular em situação jurídica de vantagem, enquanto garantias são instrumento de efetivação daqueles direitos. A doutrina reconhece distinção entre os direitos e as garantias. Recorrendo a Paulo Bonavides: “A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (**Curso de Direito Constitucional**, p. 482, 5ª edição, 1995, Malheiros).

¹¹ Segundo Carl Schmitt, o reconhecimento de um direito como fundamental produz três conseqüências: esfera de liberdade ampla para o indivíduo e ingerência limitada do Estado; intervenção estatal depende de lei; fazem parte da essência da Constituição (**Teoría de la Constitución**, p. 142, Alianza Editorial).

¹² **Derechos fundamentales y costitución**, p. 142, 1988, Editorial Cívitas.

del bién cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas”¹³.

Por exemplo, pretender o réu não ser citado na frente de seu empregador ou na frente de seus familiares não é um direito fundamental referido à dignidade ou à intimidade e não poderia ser invocado por ele para furtar-se ao ato citatório ou mesmo para alegar nulidade do ato.

2º) Identificar o significado dos conceitos contidos nos princípios em colisão. Pode acontecer que determinado conceito seja restritivo e não alcance uma determinada situação fática. Por exemplo, o princípio da inviolabilidade da intimidade não protege documentos públicos, nem o ambiente público, tampouco comunicações públicas entre agentes públicos. É preciso investigar profundamente o significado dos conceitos utilizados pelo legislador e o contexto em que foram usados.

Veja-se a lição de Karl Larenz¹⁴:

“No entanto, a técnica jurídica continua a ser sempre só uma função do princípio valorativo subjacente. Há-de sempre manter-se o olhar por cima das fórmulas positivas em direcção à idéia, ao núcleo de sentido dos institutos jurídicos, que nelas e por meio delas se mantém. Isto não pode significar outra coisa senão que a Jurisprudência científica, se quiser compreender as decisões de valor dadas de antemão numa regulação jurídico-positiva e os problemas delas resultantes, não deve quedar-se nos conceitos técnicos-jurídicos, mas há-de perguntar pelo conceito determinado pela função que se esconde por detrás do conceito técnico jurídico, tanto quanto através dele se deixa transparecer... Tanto o princípio como o conceito determinado pela função remetem para algo que está para além deles: o princípio para as concretizações em que o seu sentido se desenvolve; o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio”.

3º) Verificar se neste confronto o legislador já estabeleceu uma ponderação, caso em que terá restado pouco espaço para a ponderação judicial.

Essa ponderação normalmente é feita por regras que concretizam determinados princípios, como a proibição da utilização da prova ilícita no processo. Do mesmo modo, a decretação de prisão só pode ocorrer nos termos das previsões legais (artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, Lei nº 7.960, Lei nº 8.072) e, de maneira alguma, como produto de uma ponderação judicial de bens em confronto.

¹³ *Ibidem*, p. 137

¹⁴ **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 691/692, 1997, Calouste Gulbenkian.

De acordo com Canotilho¹⁵, as regras incidem ou não incidem nas situações fáticas a elas submetidas, enquanto os princípios podem ou não incidir, de acordo com a sua densidade ou mediante a intermediação de regras que os concretizem. Conforme o mesmo autor, regras “*são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proibem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção*”, enquanto que os princípios “*são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada*”. Se a ponderação entre princípios constitucionais for feita pelo legislador por meio de regras jurídicas, estas, se compatíveis com os valores constitucionais, incidem nas hipóteses concretas e não podem ser afastadas por decisão judicial. Somente se desarrazoadas tais regras, se desconformes com os valores constitucionais, poderiam ser afastadas pela atividade jurisdicional.

4º) Tratando-se realmente de uma colisão de direitos fundamentais e não havendo uma ponderação já realizada pelo legislador, passa-se à ponderação judicial de bens constitucionais, conforme explicou Karl Larenz¹⁶: “*No caso de contradição entre princípios, tem, portanto, cada princípio de ceder perante outro, de modo a que ambos sejam actuados em termos optimos(...). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens*”.

A ponderação tem lugar porque nenhum direito fundamental é absoluto, nenhum é ilimitado. Todos encontram limitação nos demais direitos fundamentais. É exatamente isso que sustenta a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Assim a explica Ignácio de Otto y Pardo¹⁷: “*los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos*”

5º) Sendo necessário estabelecer uma ponderação de bens, recorre-se à teoria respectiva que construiu um método próprio para tanto, que prevê as seguintes etapas:

a) Confrontar o peso que a Constituição atribui aos direitos em colisão, genericamente. Nessa etapa não se cogita ainda do caso concreto. No processo penal tais direitos normalmente são a segurança pública, de um lado, e os direitos à liberdade e à intimidade de outro. É possível extrair

¹⁵ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 112, 2ª edição, 1988, Almedina.

¹⁶ Op. cit., p. 675/676.

¹⁷ Op. cit., p. 110.

da Constituição uma certa prevalência genérica e abstrata destes últimos em detrimento do primeiro.

b) Confrontar o peso específico que a Constituição atribui aos direitos em colisão, com os olhos postos no caso concreto. Aqui é importante sinalar que o direito à segurança pública precisa ser decomposto nos bens jurídicos políticos, penais e processuais que visa a proteger, no caso concreto. Assim, pode-se ter uma colisão entre a ordem pública e a liberdade; a segurança do bem jurídico penal patrimônio, de um lado, e de outro o direito à intimidade; a segurança do processo (conveniência da instrução criminal), de um lado, e a liberdade do outro. Ou seja, o princípio da segurança pública precisa ser informado à luz de sua específica função de proteger determinado bem jurídico e é este bem jurídico que deve ser confrontado com o outro valor constitucional (liberdade, intimidade etc.).

c) De posse dos pesos genéricos e específicos de cada um dos direitos em colisão, passa-se à última etapa que é estabelecer o valor preponderante no caso concreto e o grau da restrição ao outro direito não preponderante, utilizando-se dos subprincípios da adequação ou idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano¹⁸, o subprincípio da idoneidade ou adequação consiste na relação de causalidade da medida e o fim pretendido. O subprincípio da necessidade exige a intervenção mínima possível na esfera do outro direito. E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito significa a razoabilidade da restrição imposta a um direito fundamental sobre o outro.

Como se vê, mesmo com todas as cautelas metodológicas para estabelecer parâmetros para a ponderação, esta última etapa recairá, sempre, na valoração subjetiva do intérprete. O objetivo do método, portanto, não é afastar a valoração subjetiva, mas controlá-la para que seja a mais transparente e racional possível.

VI. Conclusão

Como quase nunca é possível reconstruir inteiramente o fato submetido a julgamento penal, tendo-se dele apenas uma versão indireta, é preciso observar muito precisamente os métodos de produção da prova, agir com absoluto respeito às garantias constitucionais e legais do processo penal e ponderar adequadamente os bens jurídicos em confronto.

Afirmou Ferrajoli que o magistrado deve ter *“a dúvida como hábito*

¹⁸ **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**, 1990, Editorial Colex..

profissional”¹⁹ e, por isso, a única verdade apreendida pelo processo é a que pode ser verificável objetivamente pelo Juiz e pelas partes, com respeito a todos os princípios constitucionais²⁰.

Em música célebre, Paulinho da Viola disse: “*As coisas estão no mundo, só que eu preciso aprender*”. Poderíamos parodiá-lo dizendo: os direitos estão na Constituição, só que nós ainda estamos aprendendo a aplicá-los. □

¹⁹ *Ibidem*, p. 439.

²⁰ *Ibidem*, p. 369/370.